

## ***A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS DECLARADOS***

---

**CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO**

*Ministro do Superior Tribunal de Justiça e*

*Professor Titular da PUC-RJ.*

É importante estudar os direitos fundamentais ao longo da história constitucional. São várias as gerações, segundo tantos doutrinadores de nomeada. Já estamos nas terceira e quarta gerações. Dos direitos fundamentais de terceira geração cuidou com a sensibilidade que todos conhecemos Karel Vasak, que Paulo Bonavides, na 4ª edição de seu Curso de Direito Constitucional, trazendo a contribuição da doutrina alemã, ampliou identificando os cinco direitos da fraternidade, assim o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito à comunicação.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho lembrou que esses direitos da terceira geração nasceriam no Direito Internacional e estariam em vias de consagração no Direito Constitucional, não havendo, porém, "uma cristalização da doutrina a seu respeito, forte corrente entendendo não constituírem esses "direitos" mais que aspirações despidas de força jurídica vinculante".

Do mesmo modo, já se anuncia neste final de século uma outra geração, a quarta, correspondente àqueles direitos vinculados ao progresso da ciência, assim os relativos a manipulação genética, no momento mesmo em que o próprio código da vida está sendo descoberto nos laboratórios, em derradeira concorrência do saber humano com o mistério da criação. E aqui merece destacada a contribuição de José Alfredo de Oliveira Baracho sobre os direitos fundamentais e a experimentação científica sobre o homem.

Esse contínuo aparecimento de ondas ou gerações de direitos humanos é uma reação contra qualquer ameaça, presente ou remota, ao existir do homem em sociedade. E louvável é o esforço dos mestres na identificação e sistematização de tais direitos. A produção científica sobre o assunto, particularmente a partir dos esforços de Karel Vasak e da instalação da Corte Européia de Direitos do Homem, tem sido exaustiva, na linha do aperfeiçoamento das declarações de direitos e da sua universalização.

Todavia, o maior esforço que a ciência do direito pode oferecer para assegurar os direitos humanos é voltar-se, precipuamente, para a construção de meios necessários a sua realização nos Estados e, ainda, para o fortalecimento dos modos de acesso à justiça com vistas ao melhoramento e celeridade da prestação jurisdicional.

A luta que se trava hoje segue sendo, ainda, lamentavelmente, em regiões ricas como pobres, do norte e do sul, em torno de direitos que integram, no plano teórico, as denominadas primeira e segunda gerações, sem falar naqueles de terceira geração que estão longe demais de alcançar o conjunto de circunstâncias concretas para sua efetivação.

Não há possibilidade alguma de garantir direitos humanos, qualquer que seja a situação teórica que ocupem, se não estiver o Estado aparelhado para oferecer respostas judiciais às demandas das pessoas humanas que clamam por justiça e para garantir o cumprimento dos julgados. E, diga-se sem medo, direitos elementares, capazes de assegurar a liberdade e a dignidade das pessoas humanas. Estão presentes com vigor os exemplos recentes da Albânia e agora do Zaire, sem falar nos lamentáveis episódios em São Paulo e no Rio de Janeiro.

Não foi por outra razão que Karel Vasak, tratando da realidade jurídica dos direitos do homem, indicou as três seguintes condições para que eles se tornem uma realidade jurídica:

1ª) É necessário que exista uma sociedade organizada sob a forma de um Estado de Direito;

2ª) É necessário que, no interior do Estado, os direitos do homem se exerçam em um quadro jurídico preestabelecido, porém variável em função da natureza dos direitos e em função das circunstâncias;

3ª) Finalmente, é necessário que o exercício dos direitos do homem pelos seus titulares seja acompanhado de garantias jurídicas precisas e, em particular, que sejam previstos recursos que permitam obter o seu respeito.

A maior ameaça aos direitos humanos reside, portanto, na incapacidade do Estado de assegurar a sua efetiva realização. Essa incapacidade, em nosso país, a meu pensar, tem duas frentes, ambas poderosas para solapar as condições de exercício dos direitos declarados na Constituição da República.

A primeira e mais vigorosa, que ganha fôlego todos os dias, é a insistência com que diversos protagonistas do nosso cenário cotidiano lançam suspeitas contra os poderes organizados do Estado. Há hoje, sem a menor sombra de dúvida, um delicado momento nas relações entre os três poderes do Estado. Todavia, tal fato, que não é estranho na vida dos povos democráticos, está encontrando caldo de cultura suficiente para levar adiante o descrédito institucional. E, de modo particular, vem o Judiciário sendo posto no núcleo do tornado, identificado já agora com todo tipo de mazela existente nos grandes conglomerados humanos.

Em certa medida, os protagonistas estão refletindo a angústia da população. Mas, em certa medida, também, estão contribuindo para ampliar essa angústia.

Não é novidade que vivemos desde a ruptura do processo autoritário, na transição benigna que conhecemos, uma busca permanente dos eventuais desencontros de muitos protagonistas com um código ético capaz de manter forte a estrutura organizada do Estado. E, causando igual malefício, outros protagonistas abandonam a imperativa preocupação de preservação institucional e aparecem como porta-vozes da opinião pública, pouco importando o preço que tenham de pagar como nau capitânea das frustrações que ampliam com seu discurso. Assim, por exemplo, quando é detectado um desvio de comportamento na burocracia, não importa de que poder do Estado, o que se quer é a punição exemplar, desprezando na passagem do comboio que acompanha a locomotiva da opinião pública, os direitos que a própria Constituição resguarda, como o do contraditório e ampla defesa. E o que é pior. Se a estrutura organizada decide fora da convicção da opinião pública, a crítica surge violenta na suspeita da existência de subterrâneos a lastrar o processo decisório. Em uma palavra, retorna-se com o discurso desatento a prática de uma democracia direta que nem mesmo a *Âgora* ateniense, com mais condições, conseguiu fazer amplo para todos os cidadãos.

Esse estado de coisas, na minha compreensão, está vinculado a uma consciência cultural da força e da legitimidade da ordem jurídica. Um ilustre jurista alemão, Konrad Hesse, ex-Presidente da Corte Constitucional (Bundesverfassungsgericht), em aula inaugural de 1959 na Universidade de Freiburg, cuidou desse problema sob a rubrica da força normativa da constituição (Die Normative Kraft Der Verfassung). Em crítica fundada ao pessimismo de Georg Jellinek, o qual afirmava que o "desenvolvimento das Constituições demonstra que regras jurídicas não se mostram aptas a controlar, efetivamente, a divisão de poderes políticos",

eis que as "forças políticas movem-se consoante suas próprias leis, que atuam independentemente das formas jurídicas", adverte Hesse que "Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa". E, no que mais nos preocupa neste artigo, o mestre alemão, desvendando a força normativa da Constituição, ensina: "Se pretende preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária. Direitos fundamentais não podem existir sem deveres, a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder, o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo. Se a Constituição tentasse concretizar um desses princípios de forma absolutamente pura, ter-se-ia de constatar, inevitavelmente — no mais tardar em momento de acentuada crise —, que ela ultrapassou os limites de sua força normativa. A realidade haveria de pôr termo à sua normatividade; os princípios que ela buscava concretizar estariam irremediavelmente derrotados". E de modo absolutamente claro, Hesse mostra, vestindo com perfeição o nosso trânsito republicano: "Um átimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (Wille Zur Merfassung)". E prossegue: "Todos os interesses momentâneos — ainda quando realizados — não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda. Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição "deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional,

fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente do Estado democrático ". Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, "malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado ".

Nessa primeira frente, o problema central não é o desprezo ao fundamento jurídico do Estado, assim a Constituição regularmente votada pela representação popular. É, isso sim, a irresponsabilidade de fazer o discurso inconseqüente, ou seja, o discurso desacompanhado da discussão das regras que devem reger a vida social. E quando isso ocorre, como está ocorrendo agora, toda a sociedade pode ficar desprotegida. Desprotegida pela razão de permanecer longe daquilo que se chama estado de direito. E, assim ao relento, cai por terra o quadro jurídico preestabelecido, uma das condições para a realidade jurídica dos direitos do homem.

A falta de discussão das regras atinge fundo a parte mais sensível para a proteção dos direitos humanos.

De fato, na organização estatal que herdamos constitui o Judiciário o principal instrumento para que os direitos humanos sejam efetivamente protegidos, pressuposto que exista um sistema de garantias jurídicas precisas à disposição dos respectivos titulares, como é o nosso caso.

O Poder Judiciário no Brasil está sofrendo, e com muita intensidade, a falta de consciência daquilo que Peter Háberle transmitiu na sua valiosa obra sobre hermenêutica constitucional, A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição Para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição (Die Of-fene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag Zur Pluralistschen Und " Prozessualen" Verfassungsinterpretation). De fato, aquele vínculo direto que muitos

protagonistas estabelecem com a opinião pública, pouco valendo os riscos assumidos em um país com a cultura do nosso, distante da consolidação histórica de práticas democráticas, decorre do simples fato de que como " não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição".

Isso quer dizer que duas possibilidades de legitimação maior da Justiça devem ser imediatamente consideradas: 1ª) a séria discussão sobre a reforma radical nas práticas processuais, ou seja, uma revisão na organização geral do Poder Judiciário e nas leis que garantem o acesso à Justiça; 2ª) a consciência de que o julgamento não pode estar distanciado da realidade dos intérpretes da Constituição, que não são apenas os formalmente destinados a isso.

É, no fundo, um ato de reação, mas, também, um ato consciente de humildade para preservar, emblematicamente, a legitimação do Poder Judiciário único apto a assegurar o exercício de direitos declarados na Constituição. Nessa direção, mostra Häberle, cuidando da segunda possibilidade antes indicada, que a "relevância dessa concepção e da correspondente atuação do indivíduo ou de grupos, mas também a dos órgãos estatais configuram uma excelente e produtiva forma de vinculação da interpretação constitucional em sentido lato ou em sentido estrito. Tal concepção converte-se num "elemento objetivo dos direitos fundamentais" (Grundrechtliches Sachelement). Assume idêntico relevo o papel co-interpretativo do técnico ou expert no âmbito do processo legislativo ou judicial. Essa complexa participação do intérprete em sentido lato e em sentido estrito realiza-se não apenas onde ela já está institucionalizada, como nos Tribunais do Trabalho, por parte do empregador e do empregado. Experts e "pessoas interessadas" da sociedade pluralista também se convertem em intérpretes do direito estatal. Isto significa que não apenas o processo de formação, mas também o desenvolvimento posterior, revela-se pluralista: a teoria da

ciência, da democracia, uma teoria da Constituição e da hermenêutica propiciam aqui uma mediação específica entre Estado e sociedade".

O que se verifica, portanto, é que não subsiste mais a idéia de ficar a prestação da jurisdição longe da sociedade como um todo, como se apenas o juiz fosse o intérprete exclusivo da ordem jurídica positivada em um determinado estado. A garantia do exercício dos direitos individuais em um quadro jurídico preestabelecido está acompanhada necessariamente da modernização dos meios de acesso à Justiça e decisão das demandas judiciais e de uma interpretação pelos agentes formais sintonizada com a cultura da sociedade como um todo.

A todos nós incumbe uma tarefa maior que o nosso tempo. Incumbe rever, e com urgência, não a lista de direitos humanos, acrescidos da história das civilizações, mas, sim, o sistema de convicções que rege a prestação jurisdicional. Ou fazemos isso, e rápido, ou seremos tragados por ondas maiores de retorno ao casuísmo jurídico e, inevitavelmente, a outros tempos sombrios, desta feita, sob as vistas aguçadas de um grande irmão qualquer, que, eventualmente, esteja de plantão.